NUR AISYAH SUK ABDULLAH

lwn.

HARJEET SINGH

MAHKAMAH TINGGI MALAYA, KUALA LUMPUR
RAHMAH HUSSAIN H
[SAMAN PEMULA NO: S4-24-544-96]
10 OGOS 1999

PROSEDUR SIVIL: *Bidangkuasa - Mahkamah Tinggi - Hak penjagaan anak - Ibu memeluk agama Islam - Permohonan ibu untuk hak penjagaan - Samada Mahkamah Tinggi mempunyai bidangkuasa untuk mendengar permohonan - Perlembagaan Persekutuan art. 121(1A) - Akta Penjagaan Kanak-Kanak 1961, ss. 1(3), 5 - Akta Membaharui Undang-Undang (Perkahwinan dan Perceraian) 1976, ss. 96, 97 - Akta Pentadbiran Undang-Undang Islam (Wilayah-Wilayah Persekutuan) 1993, s. 46(1)*

UNDANG-UNDANG KELUARGA: *Anak - Penjagaan - Anak perempuan - Perintah persetujuan memberi hak penjagaan kepada bapa - Permohonan untuk mengubah perintah - Samada hak penjagaan harus diberi kepada ibu - Samada perintah harus diubah - Akta Penjagaan Kanak-Kanak 1961, ss. 1(3), 5 - Akta Membaharui Undang-Undang (Perkahwinan dan Perceraian) 1976, ss. 96, 97 - Akta Pentadbiran Undang-Undang Islam (Wilayah-Wilayah Persekutuan) 1993, s. 46(1)*

Pemohon telah memeluk agama Islam. Di Mahkamah Tinggi, pemohon memeterai suatu perintah persetujuan dengan responden berhubung hak penjagaan anak perempuan mereka ('Thanisha'). Perintah persetujuan tersebut ('Perintah 17 Oktober 1996') antara lain memberi akses kepada pemohon untuk melawat Thanisha dan mengambilnya dari rumah penjaga yang bernama Kak Teh. Setelah memperolehi Perintah 17 Oktober 1966, pemohon memohon kepada Mahkamah Syariah, Wilayah Persekutuan bagi membubarkan perkahwinannya dengan responden, serta untuk hak penjagaan Thanisha. Pemohon kemudian mendapati responden telah gagal mematuhi Perintah 17 Oktober 1996, antara lain kerana menyerahkan Thanisha untuk dijaga oleh seorang lelaki berumur 17 tahun, dan berikutnya, pada 22 April 1997, pemohon memohon kepada Mahkamah Tinggi di bawah peruntukan Akta Penjagaan Kanak-Kanak 1961 ('Akta 1961') untuk mengubah Perintah 17 Oktober 1996 dan seterusnya untuk mendapat hak penjagaan ke atas Thanisha ('Kandungan 13'). Responden menentang permohonan pemohon dan membangkitkan bantahan awal bahawa (i) Mahkamah Tinggi tiada bidangkuasa untuk mendengar permohonan kerana pemohon beragama Islam; dan (ii) permohonan adalah satu penyalahgunaan proses mahkamah kerana pemohon telah melompat dari satu bidangkuasa ke bidangkuasa yang lain.

Diputuskan:

[1] Mahkamah Agung dalam *Tan Sung Mooi v. Too Miew Kim* telah dengan jelasnya memutuskan bahawa "ketidakadilan yang serius akan diakibatkan kepada pasangan dan kanak-kanak yang tidak beragama Islam, kerana remedi tunggal mereka adalah di mahkamah sivil, jika Mahkamah Tinggi tidak lagi mempunyai bidangkuasa, kerana Mahkamah Syariah tidak mempunyai bidangkuasa terhadap orang yang tidak menganut agama Islam." Mahkamah Tinggi, dengan itu, mempunyai bidangkuasa untuk mendengar Kandungan (13).

[2] Pengataan bahawa pemohon telah melompat dari satu bidangkuasa ke bidangkuasa yang lain adalah tidak benar. Mengambilkira urutan peristiwa, dari Printah 17 Oktober 1996 hinggalah ke permohonan Kandungan 13, ianya jelas bahawa, untuk mengubah Perintah 17 Oktober 1996, pemohon tiada pilihan melainkan terpaksa datang ke Mahkamah Tinggi Sivil.

[3] Terdapat peruntukan-peruntukan tertentu yang memberi kuasa kepada mahkamah bagi mengubah perintah yang dibuatnya mengenai penjagaan seseorang anak. Ini termasuk s. 5 Akta 1961 dan ss. 96, 97 Akta Pembaharuan Undang-Undang (Perkahwinan dan Perceraian) 1976.

[4] Mengambilkira latarbelakang pemohon dan responden serta kebajikan Thanisha, adalah wajar perintah 17 Oktober 1996 diubah dan hak penjagaan diberi kepada pemohon. Adalah untuk kebaikan Thanisha bahawa ibunya menjaga beliau kerana beliau adalah seorang anak perempuan yang sedang membesar dan memerlukan nasihat dan bimbingan seorang ibu lebih dari seorang bapa. Juga tidak sesuai dan tidak selamat baginya dijaga oleh seorang lelaki yang berumur 17 tahun.

[Permohonan dibenarkan; perintah sekadarnya.]

Kes yang dirujuk:

Lim Fang Keng v. Toh Kim Choo [1995] 4 CLJ 733 ***(dirujuk)***
Lim Chan Seng v. Pengarah Jabatan Agama Islam Pulau Pinang & Another Case [1996] 3 CLJ 231 ***(dirujuk)***
Mohd Habibullah Mahmood v. Faridah Dato' Talib [1993] 1 CLJ 264 ***(dibezakan)***
Nor Kursiah Baharuddin v. Shahril Lamin [1997] 1 MLJ 537 ***(dirujuk)***
Tan Sung Mooi v. Too Miew Kim [1994] 3 CLJ 708 ***(diikuti)***

Perundangan yang dirujuk:

Federal Constitution, art. 121(1A)
Akta Membaharui Undang-Undang (Perkahwinan dan Perceraian) 1976, ss. 96. 97
Akta Penjagaan Kanak-Kanak 1961, ss. 1(3), 5
Akta Pentadbiran Undang-Undang Islam (Wilayah-Wilayah Persekutuan) 1993, s. 46(1)

Sumber yang dirujuk:
Guardianship, Custody & Abduction of Children Across National Boundaries, Assoc Prof Wu Mir Aun, [1955] 1 MLJ (i)

Bagi pihak pemohon - Noor Jihan; Biro Bantuan Guaman
Bagi pihak penentang - Sukhdev Singh; T/n Azlan Shah Sukhdev & Co

Dilaporkan oleh WA Sharif

PENGHAKIMAN

Rahmah Hussain H:

Permohonan pemohon adalah untuk perintah-perintah berikut:

(1) Untuk mengubah perintah bertarikh 17 Oktober 1996 dengan hak jagaan anak diberikan kepada pemohon dan tidak lagi kepada penentang.

(2) Kanak-kanak tersebut hendaklah dikemukakan di mahkamah pada hari perbicaraan kes ini.

(3) Lain-lain perintah yang dianggap sesuai oleh mahkamah yang mulia ini.

Perintah bertarikh 17 Oktober 1996 adalah mengenai hak penjagaan dan akses kanak-kanak bernama Thanisha Kaur. Sebelum diteruskan adalah wajar latarbelakang permohonan ini dihuraikan. Pada 17 Oktober 1996 apabila Kandungan (1) iaitu permohonan pemohon untuk, antara lain, hak penjagaan, asuhan dan kawalan kanak-kanak ditetapkan untuk pendengaran kedua-dua pihak telah mencapai persetujuan mengenai akses dan terma-terma persetujuan pun direkodkan seperti berikut:

(1) Sebulan sekali anak di bawa ke rumah pemohon.

(2) Pemohon diberi hak melawat dua kali sebulan.

(3) Anak akan diambil dari rumah penjaga bernama Kak Teh di Blok 209, Seksyen 24, Shah Alam. Pemohon akan menelefon Kak Teh sebelum mengambil anak.

Kemudian pada 22 April 1997 pihak pemohon telah membuat permohonan sekarang iaitu Kandungan (13). Semasa permohonan di dengar peguam penentang telah membangkitkan Bantahan Permulaan atas dua (2) isu. Pertama bahawa mahkamah ini tiada bidangkuasa untuk mendengar permohonan ini sama ada di bawah Akta Penjagaan Kanak-Kanak 1961 ("Akta 1961") atau di bawah Akta Membaharui Undang-Undang (Perkahwinan dan Perceraian) 1976 ("Akta 1976"); kedua bahawa permohonan ini adalah satu penyalahgunaan proses Mahkamah.

Permohonan pemohon ini adalah di bawah Akta Penjagaan Kanak-Kanak 1961, (selepas ini di rujuk sebagai Akta 1961). Seksyen 1(3) Akta 1961 tersebut memperuntukkan:

> Nothing in this Act shall apply in any State to persons professing the religion of Islam until this Act has been adopted by a law made by the Legislature of that State; and any such law may provide that –
>
> (a) nothing in this Act which is contrary to the religion of Islam or the custom of the Malays shall apply to any person under the age of eighteen years who professes the religion of Islam and whose father professes or professed at the date of his death that religion or, in the case of an illegitimate child, whose mother so professes or professed that religion; and
>
> (b) in the case of any other person, this Act, so far as they are contrary to the religion of Islam, shall cease to apply to such person upon his professing the religion of Islam, if at the date of such professing he has completed his age of eighteen years or, if not having completed such age, he professes the religion of Islam with the consent of the person who under this Act is the guardian of the person of the infant.

Oleh yang demikian adalah jelas bahawa Akta 1961 tersebut tidak terpakai terhadap mana-mana Mahkamah Syariah melainkan ianya terlebih dahulu di terima pakai oleh Mahkamah di Malaysia. Walaubagaimana pun mengikut artikel, yang ditulis oleh Associate Professor Wu Mir Aun berjudul *"Guardianship, Custody & Abduction of Children Across National Boundaries* [1955] 1 MLJ (i) jelas memperkatakan bahawa:

> Presently, the 1961 Act has been adopted by all the States in Peninsular Malaysia except the State of Kelantan.

Persoalannya sekarang apakah kesan daripada Perkara 121(1A) Perlembagaan Persekutuan mengenai bidangkuasa Mahkamah Tinggi Sivil Kuala Lumpur tentang permohonan seperti di Kandungan (13) di mana pemohon telah memeluk agama Islam?

Adalah hujahan peguam pemohon bahawa s. 46(1) Akta Pentadbiran Undang-Undang Islam (Wilayah-Wilayah Persekutuan) 1993, memperuntukkan bahawa Mahkamah Tinggi Syariah Wilayah Persekutuan, mempunyai bidangkuasa Mahkamah (sivil) untuk mendengar dan memutuskan semua kausa dan prosiding di mana pihak-pihak adalah beragama Islam, yang berkaitan *inter alia* "penjagaan atau jagaan (hadhanah) budah-budak". (Sila lihat s. 46(1)(b)(iii)). Perkara 121(1A) Perlembagaan Persekutuan pula memperuntukkan seperti berikut:

The courts referred to in Clause (1) (that is 'There shall be two High Courts of co-ordinate jurisdiction and status, namely –

(a) one in the States of Malaya, which shall be known as the High Court in Malaya and shall have its principal registry in Kuala Lumpur; and

(b) one in the States of Sabah and Sarawak, which shall be known as the High Court in Sabah and Sarawak and shall have its principal registry at such place in the States of Sabah and Sarawak as the Yang di-Pertuan Agong may determine;

and such inferior courts as may be provided by federal law; and the High Courts and inferior courts shall have such jurisdiction and powers as may be conferred by or under federal law')

shall have no jurisdiction in respect of any matter within the jurisdiction of the Syariah Courts.

Peguam kemudian merujuk kepada kes *Tan Sung Mooi v. Too Miew Kim* [1994] 3 CLJ 708; [1994] 3 MLJ 117, di mana Mahkamah Agung (pada masa itu) telah memutuskan tentang bidangkuasa Mahkamah, iaitu apabila satu pihak beragama Islam, manakala satu pihak lagi bukan beragama Islam. Peguam juga merujuk kepada beberapa kes-kes lain iaitu *Lim Chan Seng v. Pengarah Jabatan Agama Islam Pulau Pinang dan Satu Kes Yang Lain* [1996] 3 CLJ 231; *Nor Kursiah bte Baharuddin v. Shahril bin Lamin* [1997] 1 MLJ 537; serta kes *Lim Fang Keng v. Toh Kim Choo* [1995] 4 CLJ 733; [1995] 4 MLJ 654, yang mengikut peguam mempunyai banyak persamaan dengan kes sekarang.

Peguam penentang, sebaliknya berhujah, bahawa dari fakta kes sekarang, adalah jelas menunjukkan Akta 1961 tersebut dan Akta Memperbaharui Undang-Undang 1976, adalah tidak terpakai terhadap pemohon kerana beliau seorang Islam. Oleh itu mahkamah ini tidak mempunyai bidangkuasa untuk mendengar permohonan ini.

Mengenai isu pertindihan bidangkuasa akibat penambahan Fasal (1A) kepada perkara 121 Perlembagaan Persekutuan, pada pendapat saya ianya telah dengan jelasnya di jawab oleh Mahkamah Agung (pada masa itu) dalam kes *Tan Sung Mooi v. Too Miew Kim* [1994] 3 MLJ 117 di mana telah diputuskan: (dalam bahasa asal)

Held, remitting the case to the High Court for final disposal of the ancillary application:

(1) In the present reference, it is common ground that both parties were non-Muslims who contracted a non-Muslim marriage. It follows that as the petitioner's application under ss. 76 and 77 concerned matters affecting both parties' legal obligations as non-Muslims and incidental to the granting of the divorce, the High Court would have jurisdiction to hear and determine the ancillary proceedings despite the fact that the respondent had converted to Islam after the divorce but before the hearing of the ancillary application.

Mengenai hujahan peguam penentang bahawa terdapat perbezaan di antara kes Mahkamah Agung yang dirujuk dan kes sekarang, iaitu pempetisyen di dalam kes tersebut adalah seorang yang tidak beragama Islam tetapi dalam kes kita pemohon adalah seorang yang telah memeluk agama Islam, adalah pendapat saya, perbezaan ini tidak menjadi isu, kerana Mahkamah Agung telah dengan jelasnya memutuskan bahawa "ketidakadilan yang serius akan diakibatkan kepada pasangan dan kanak-kanak yang tidak beragama Islam, kerana remedi tunggal mereka adalah di dalam mahkamah sivil, jika Mahkamah Tinggi tidak lagi mempunyai bidangkuasa, kerana Mahkamah Syariah tidak mempunyai bidangkuasa terhadap orang yang tidak menganut agama Islam."

Dengan menerima pakai keputusan tersebut di atas, saya berpendapat bahawa mahkamah ini mempunyai bidangkuasa untuk mendengar permohonan di Kandungan (13).

Mengenai isu kedua pula, iaitu penyalahgunaan proses Mahkamah kerana mengikut peguam penentang, pemohon telah melompat dari satu bidangkuasa ke bidangkuasa yang lain, dengan hormatnya saya tidak bersetuju hujahan tersebut. Dalam kes di Mahkamah Tinggi Sivil melalui Saman Pemula bertarikh 9 Ogos 1996, perintah bertarikh 17 Oktober 1996 telah diperolehi, dengan persetujuan kedua-dua pihak. Manakala tindakan di Mahkamah Syariah Wilayah Persekutuan adalah permohonan untuk pembubaran perkahwinan akibat dari pertukaran agama di bawah s. 46(2) Akta Undang-Undang Keluarga Islam Wilayah Persekutuan 1984 dan juga untuk hak lawatan keatas anak dan/atau hak jagaan kepadanya. Dalam permohonan saman dalam kamar iaitu permohonan yang di dengar sekarang ialah untuk mengubah perintah bertarikh 17 Oktober 1996 dengan hak jagaan diberikan kepadanya. Oleh hal yang demikian bagi permohonan sekarang pemohon terpaksalah datang ke Mahkamah Tinggi Sivil kerana hendak mengubah perintah tersebut.

Bagi pengubahan atau variasi perintah mahkamah mengenai penjagaan seseorang anak, ada peruntukan-peruntukan tertentu yang memberi kuasa kepada Mahkamah berbuat demikian. Satu daripadanya ialah s. 5 Akta 1961 yang memperuntukkan sejelas-jelasnya bahawa:

Subject to section 10, the father of an infant shall be the guardian of the infant's person and property:

Provided that the Court or a Judge may make such order as it or he thinks fit regarding the custody of the infant, and the right of access thereto of either parent, and may vary or discharge such order at any time on the application of either parent.

Lagi satu perubahan ialah s. 96 & 97 Akta Membaharui Undang-Undang (Perkahwinan dan Perceraian) 1976 ("Akta 1976") yang menyatakan:

96. Kuasa bagi Mahkamah mengubah perintah mengenai penjagaan atau nafkah

Mahkamah boleh pada bila-bila masa dan dari semasa ke semasa mengubah, atau boleh membatalkan sesuatu perintah mengenai penjagaan atau nafkah seseorang anak atas permohonan seseorang yang ada mempunyai kepentingan, jika mahkamah berpuas hati bahawa perintah itu telah diasaskan atas sesuatu salah pernyataan atau kekhilafan fakta atau jika sesuatu perubahan matan telah berlaku tentang hal keadaan.

97. Kuasa bagi Mahkamah mengubah perjanjian mengenai penjagaan atau nafkah

Mahkamah boleh pada bila-bila masa dan dari semasa ke semasa mengubah syarat-syarat bagi sesuatu perjanjian berhubung dengan penjagaan atau nafkah seseorang anak, sama ada dibuat sebelum atau selepas tarikh yang ditetapkan, walau apa pun peruntukan sebaliknya dalam sesuatu perjanjian itu, jika mahkamah berpuas hati bahawa adalah munasabah dan untuk kebajikan anak itu berbuat demikian.

Sungguh pun ada permohonan yang sama iaitu hak penjagaan anak di dua Mahkamah, iaitu Mahkamah Syariah dan Mahkamah Sivil, tetapi seperti yang diputuskan oleh Mahkamah Agung dalam kes *Tan Sung Mooi (supra)*, "ketidakadilan yang serius akan diakibatkan kepada pasangan (responden dalam kes sekarang) kanak-kanak yang tidak beragama Islam, kerana remedi tunggal mereka adalah di Mahkamah Sivil, jika Mahkamah Tinggi tidak lagi mempunyai bidangkuasa kerana Mahkamah Syariah tidak mempunyai bidangkuasa terhadap orang yang tidak menganut agama Islam".

Kes *Mohd Habibullah bin Mahmood v. Faridah bte Dato' Talib* [1993] 1 CLJ 264; [1993] 1 SCR 229 yang di rujuk oleh peguam penentang pada pendapat saya adalah tidak terpakai dalam kes sekarang kerana faktanya berbeza. Dalam kes tersebut kedua-dua pihak adalah orang Islam. Di ms 806 perenggan I ke ms 807 perenggan E, Mohamed Azmi HMA (pada masa itu) telah dengan jelas menyatakan:

From the statement of claim and *ex parte* summons for interlocutory injunction, the present dispute is clearly between a Muslim married couple where the wife's petition for dissolution of marriage is still pending in the Syariah Court. The subsequent claim in the High Court for damages and injunction are based on alleged acts of assault and battery by the husband arising from or connected with the petition for dissolution of marriage in the Syariah Court. It is pertinent to refer to the basis of Faridah's claim for damages and injunction under para 4 which alleges: 'During the course of marriage between the plaintiff and the defendant, the defendant had battered the plaintiff on numerous occasions.' (emphasis added)

Thus, the root of her complaint relates to the conduct of Habibullah as a husband during the course of a Muslim marriage. It is not really a civil or criminal matter simpliciter as suggested by the trial judge. In fact and in law, the alleged assault and battery constitute matrimonial offence or misconduct by Habibullah which may entitle Faridah to a dissolution of her marriage under Muslim law as enacted in the Islamic Family Law (Federal Territory) Act 1984. Under s. 52(1)(h)(i) of the Act, a woman married in accordance with Hukum Syara' shall be entitled to obtain an order for the dissolution of marriage or fasakh if the husband treats her with cruelty, that is to say, *inter alia*, habitually assaults her or makes her life miserable by cruelty of conduct. Since the complaint relates to marriage, the matter should, if at all, be dealt with by the court in its matrimonial and not in its general civil jurisdiction.

In support of her application in the High Court for interlocutory injunction, Faridah admitted in para 8 of her affidavit dated 11 February 1989, that her application was made after she had filed divorce papers in the Syariah Court and was then waiting for a hearing date. Once the parties have submitted themselves to the jurisdiction of the Syariah Court, and once the Syariah Court has taken cognizance of the matrimonial cause on the ground of the husband's misconduct, it would in my view be an abuse of process under para (d) of O. 18 r. 19 of the RHC for Faridah to the High Court and complain over the same misconduct.

Di atas alasan-alasan tersebut saya berpendapat Bantahan Permulaan Penentang tiada bermerit sama sekali dan telah menolaknya.

Seterusnya saya telah beralih kepada merit permohonan pemohon pula. Dalam hujahannya peguam pemohon telah memberi beberapa alasan mengapa pemohon membuat permohonan ini. Pertama, bahawa di masa sekarang ekonominya telah stabil; kedua, penentang telah gagal mematuhi perintah bertarikh 17 Oktober 1996 mengenai akses; ketiga, kesihatan kanak-kanak terjejas iaitu mengalami penyakit kulit (panau dan kudis buta); keempat, kedudukan pemohon lebih baik untuk menjaga kanak-kanak; dan kelima bahawa penentang adalah seorang "kaki botol" dan gemar melihat filem-filem lucah. Sebaliknya penentang cuba memberi gambaran kepada mahkamah

bahawa pemohon adalah seorang yang tidak bermoral kerana telah memulakan perhubungan sulit di luar nikah dengan seorang pendatang haram bernama Kushal Khan. Juga perbuatannya itu akan mendedahkan anak berkenaan kepada perbuatan maksiat yang boleh membawa kesan buruk kepada pertumbuhan moral dan mental anak tersebut.

Setelah mengambil kira Laporan Pegawai Kebajikan Masyarakat mengenai latarbelakang kedua-dua pihak dan kebajikan kanak-kanak, pada hemat saya adalah wajar perintah bertarikh 17 Oktober 1996, di ubah dan hak penjagaan sekarang diberi kepada pemohon. Ini memandangkan bahawa adalah untuk kebaikan kanak-kanak tersebut ibunya menjaga beliau kerana beliau adalah seorang anak perempuan yang sedang membesar dan akan memerlukan nasihat dan bimbingan seorang ibu lebih dari seorang bapa. Juga mengikut Laporan Pegawai Kebajikan Masyarakat kanak-kanak tersebut adalah di dalam jagaan anak buah lelaki penentang, yang berusia 17 tahun (pada masa laporan disediakan) semasa penentang bekerja. Pada pendapat saya keadaan ini tidak berapa sesuai dan selamat. Dengan hal yang demikian saya telah membenarkan permohonan pemohon dengan kos.